hat, unter einem angemessenen Rechtsnachtheile [80]) die Pflicht aufzuerlegen, nach Eröffnung des Konkurses dem Konkursgericht oder dem Verwalter der Konkursmasse Anzeige von dem Stande des Exekutionsverfahrens zu machen, damit in demselben das Recht der Masse, insbesondere wegen Ablieferung des etwaigen Ueberschusses, gewahrt werden könne;

2. unter den Voraussetzungen, unter welchen die Anfechtung der innerhalb eines gewissen Zeitraums vor Ausbruch des Konkurses vorgenommenen Veräußerungen und Verpfändungen gestattet wird, auch die Anfechtung des durch Auspfändung erlangten Absonderungsrechts zu gestatten, weil die prozessualen Handlungen, durch welche die Auspfändung veranlaßt worden, auf einer Kollusion des Schuldners und Gläubigers zum Nachtheil anderer Gläubiger beruhen können.

XIII.

Ueber die Rechtsregel: Obligationem ab herede incipere non posse.

Von Herrn Dr. Karl Schmidt,
Gerichts-Assessor in Berlin.

Definition.

Die Wirksamkeit der Obligationen aus letztwilligen Verordnungen beginnt nach dem Tode des Testators, nimmt also vom Erben den Anfang; [1]) dagegen sind die durch Verträge unter Lebenden begründeten Obligationen sofort nach dem Vertragsabschluß wirksam, soweit nicht ihre Wirksamkeit durch Zeit oder Bedingung aufgeschoben ist. [2]) Die Regel, daß Obligatio-

80) Etwa wie in der preuß. Konk. O. 1855. §§. 146. 147.

1) Ulp. XXIII §. 4, Gai. II §. 201 fgg.

2) L. 46 pr. D. de V. O.

nen vom Erben nicht anfangen könnten, hat den Sinn, daß ein Vertrag ungültig sei, wenn nach Verabredung der Kontrahenten erst der Erbe des einen Kontrahenten den Vertrag erfüllen, oder die Erfüllung vom andern verlangen soll. Justinian hat diese Regel ausdrücklich aufgehoben.[3]) Indessen sind die Ansichten der Schriftsteller[4]) über die Auslegung des neuen Gesetzes so verschieden, daß zum richtigen Verständniß desselben eine Untersuchung über die alte Regel nicht nutzlos sein dürfte.

I. Geltung der Regel vor Justinian.

a. Entstehung und Grund der Regel.

Ein Vertrag, wodurch Einer dem Andern nicht für sich selbst, sondern für seinen Erben etwas versprach oder sich versprechen ließ, war nach dem alten römischen Civilrecht ohne rechtliche Wirkung. Denn alle Verträge, aus welchen nicht die Kontrahenten oder deren Auftraggeber, sondern unbetheiligte dritte Personen eine Forderung erwerben oder eine Verbindlichkeit übernehmen sollten, waren dergestalt ungültig, daß daraus weder die Kontrahenten selbst noch die dritten Personen klagen oder verklagt werden konnten.[5]) Der Erbe bildete eine

---

3) L. un. Cod. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant. (unten Anm. 80.) Daher ist die Regel in den tit. Dig. de diversis regulis iuris antiqui nicht aufgenommen und aus dem ursprünglichen Text der L. 1 C. quando libellus (1, 20) gestrichen. (S. unten Anm. 10.)

4) Donellus Comment. ad L. 38 §. 17 D. de V. O num. 36 sqq. (Opp. Edit. Luc. tom. XI pag. 797 sqq.), auch Comment. de iure civ. Lib. XV cap. 52 §. 11 (Edit. Luc. IV pag. 395) u. a. a. Stellen; Buchka, Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock und Schwerin 1852, §. 8 (S. 73 bis 80), rezensirt von Dernburg in der krit. Ztschr. Bd. I S. 4; v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts, Erstes Heft, Erlangen 1852, Abth. 3. („Begründung von Obligationen für die Erben.")

5) L. 11 D. de O. et A., L. 73 §. 4 D. de R. I., L. 88 §. 17 D. de V. O., v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 §. 59. — Bei Obligationen für fremde Personen fehlte nach römischer Anschauung das rechtliche Interesse, welches zur Begründung jeder Obligation erfordert

Person mit dem Erblasser, indem er dessen Vermögen übernahm,[6]) erwarb also die Forderungen, welche dem Erblasser zustanden, und trat in die Verbindlichkeiten ein, welche dem Erblasser oblagen. Andere Forderungen oder Verbindlichkeiten konnten aus Verträgen des Erblassers auf ihn nicht übergehen. Durch Verträge unter Lebenden sollten die Rechtsverhältnisse der Kontrahenten, und durch Testament die Rechtsverhältnisse des Erben bestimmt werden.

b. Quellen.

Hiernach darf die von Justinian aufgehobene Regel zu den ältesten Grundsätzen des römischen Civilrechts gerechnet werden. Sie wird von Gajus,[7]) Ulpian,[8]) Paulus,[9]) von den Kaisern Arkadius und Honorius[10]) und von Justinian[11]) als eine alte Rechtsregel bezeichnet.

---

wurde. Ohne dies Interesse sollte Niemand seine persönliche Freiheit beschränken.

6) L. 62 D. de R. I., L. 24 D. de V. S., L. 37 D. de A. H., arg. L. 28 §. 4 D. de stip. serv. — A. M. sind Donell und v. Scheurl a. a. O. (Anm. 4), indem sie aus der „unitas personae" des Erblassers und Erben (nov. 48) die Folgerung ziehen, daß konsequenterweise die Begründung von Forderungen oder Verbindlichkeiten für den Erben in Verträgen unter Lebenden möglich sein müsse.

7) Gai. III §. 100 (unten Anm. 47): . . . „nam inelegans visum est, ex heredis persona incipere obligationem" . . . Gai. epit. II, 9 §. 8, Gai. III §. 158: . . . „generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse", vgl. auch Gai. III §§. 117. 176 und II §. 232.

8) Ulp. XXIV §, 16 (unten Anm. 49).

9) Paul. Rec. Sent. III, 6 §§. 7. 5. 6 (unten Anm. 50).

10) L. 8 C. Th. de diversis rescriptis (1, 2) Impp. Arcad. et Honor.: . . . „consultorum omnium consona responsione firmatur, ab herede actionem non incipere, quae non competierit testatori." Diese Worte sind von den Compilatoren des Justinianischen Codex in L. 1 C. quando libellus (1, 20) gestrichen.

11) L. un. cit. (Anm. 80): . . . „Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant" . . .

c. Stipulationen.

1. für den Erben.

Unwirksam war also eine Stipulation in der Form: heredi meo dari spondes?[12]) Umsomehr war eine Stipulation in der Form: heredem tuum daturum spondes? oder: heredi meo facere spondes? oder: heredem tuum facere spondes? als ungültig zu betrachten, obschon spezielle Zeugnisse hinsichtlich dieser Stipulationsformen nicht vorliegen.

2. mit dies oder condicio.

Zwar konnte bei allen bedingten Stipulationen,[13]) insbesondere bei den stipulationes poenales und evictionis,[14]) der Erfolg eintreten, daß die Forderung oder Verbindlichkeit erst in der Person des Erben fällig wurde; auch ward ein Versprechen, etwas nach 100 Jahren zu zahlen, als gültig angesehen.[15]) Dagegen war eine Pönalstipulation in der Form: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? unwirksam,[16]) weil sie den guten Sitten widersprach; dieser Grund fiel mit der Rücksicht zusammen, daß die Verpflichtung erst in der Person des Erben nach Absicht der Kontrahenten wirksam werden sollte.

3. in der Form mihi heredique.

Schon zur Zeit der klassischen Juristen war es möglich, solche Forderungen und Verbindlichkeiten, welche ihrer Natur nach mit dem Tode des Berechtigten oder Verpflichteten er-

---

12) Gai. III §. 100 cit. (Anm. 47): . . . „heredi meo dari spondes? quae sane inutilis est.“ Aus dergleichen Stipulation entstand nicht einmal eine Naturalobligation.

13) §. 4 I. de V. O.

14) L. 51 D. de evict.

15) L. 46 pr. D. de V. O. Paul ad Sab.: „Centesimis kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.“ Vgl. L. 21 pr. D. quando dies. v. Savigny Syst. Bd. III S. 211.

16) L. 61 D. de V. O. (Iul. lib. II ad Urseium Ferocem): „Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.“

löschen, gleichzeitig für diesen Erben zu begründen,[17]) z. B. folgendermaßen zu stipuliren:

mihi heredique meo uti frui licere?[18])
mihi heredique meo ire agere licere?[19])
per te non fieri, quominus mihi heredique meo vindemiam tollere liceat?[20])
per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat?[21])
neque per te neque per heredem tuum vim fieri?[22])

Diese zur Milderung der grundsätzlichen Unvererblichkeit der obligationes faciendi zugelassenen Ausnahmen bestärken die Regel, daß man dergleichen Obligationen für den Erben allein nicht kontrahiren konnte; ähnlich wie der Streit über die Gültigkeit einer Stipulation, wodurch Jemand sich und einem Dritten etwas versprechen ließ,[23]) auf der Voraussetzung beruhte, daß eine Stipulation für den Dritten allein ungültig war.

4. in den Formen mihi et Titio heredi dari oder fieri; te et Titium heredem tuum daturum oder facturum; neve per te neve per heredem tuum Titium fiat, quominus etc.

Bei Obligationes dandi war es nicht möglich, für sich und einen von mehreren Erben etwas zu stipuliren[24])

---

17) L. 38 §. 14 D. de V. O.: „Sane personae adjungere quis heredis personam potest."

18) L. 38 §. 12 D. de V. O., vgl. §. 10 ibid.

19) L. 2 §. 6, L. 38 §. 12 D. de V. O.

20) L. 92 D. de V. O.

21) L. 2 §. 5, L. 4 §. 1, L. 85 §. 8 D. de V. O.

22) L. 133 D. de V. O.

23) Eine solche Stipulation war nach der Lehre der Sabinianer in dem Sinn gültig, daß der Stipulator selbst das Ganze, der Dritte nichts zu fordern hatte, während sie von den Prokulejanern zur Hälfte für ungültig erklärt wurde. Gai. III, 103. Die letztere, strengere Auffassung ist von Justinian angenommen, §. 4 I. de inut. stip., L. 110 pr. D. de V. O. Bei Consensualverträgen galt die Hinzufügung des Dritten als nicht geschehen. L. 64 D. de contrah. emt.

24) L. 137 §. ult. D. de V. O. (Venul. lib. I. Stip.): Praeterea

oder zu promittiren;[25]) sondern die Forderung oder Verbindlichkeit mußte auf alle Erben übergehen, weshalb die Beifügung eines bestimmten Erben als überflüssig erklärt wurde. Denn nach Vorschrift der Zwölf Tafeln[26]) sollten Forderungen und Verbindlichkeiten, soweit sie sich vererbten und theilbar waren, beim Vorhandensein mehrerer Erben auf jeden zu seiner Erbportion übergehen. Nomina inter heredes pro portionibus heriditariis ercta cita sunto. Hieran sollte durch Privatwillkür nichts geändert werden. — Dieser Satz der Zwölf Tafeln fand auf obligationes faciendi keine Anwendung, weil dieselben in den meisten Fällen weder auf die Erben übergingen, noch theilbar waren.[27]) Sobald es (aus Billigkeitsrücksicht) für zulässig erklärt wurde, das Versprechen, etwas zu thun, für sich und seine Erben entgegenzunehmen (Anm. 17 bis 22), wurde es auch, da das Zwölftafelgesetz hier nicht entgegenstand, für gültig erklärt, eine Handlung (ein facere)

sciendum est, quod dari stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri, sed necesse esse omnibus acquiri; at quum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendi.

25) L. 56 §. 1 D. de V. O. (Iul. lib. LII. Dig.): „Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacua comprehensa est; sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur, sive pro parte, eodem modo, quo ceteri coheredes eius, obligabitur." In den meisten Fällen, jedoch nicht immer, wird dies der Absicht der Kontrahenten entsprechen. Vgl. Gl. ad h. l.: „quem solum credebas futurum heredem." Pothier, traité des obligations, partie I chap. I sect. 1 art. 5 §. 11 n. 64.

26) L. 6 C. fam. ercisc. (3, 36), L. 2 C. de act. hered. (4, 16), L. 25 §§. 1. 9. 10. D. fam. erc., L. 2 §. 2 u. L. 85 D. de V. O., v. Savigny, Obl. Bd. I §§. 31 bis 35 (S. 324—374).

27) Ant. Gomez, Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis communis et regii (Francof. 1584), tom. II cap. 11 num. 15, führt aus, daß die L. 137 §. ult. cit. (Anm. 24) den regelmäßigen Fall, nämlich einer theilbaren obligatio dandi und einer untheilbaren obligatio faciendi, voraussetze, daher nicht zutreffe bei einer ausnahmsweise theilbaren obligatio dandi oder bei einer ausnahmsweise untheilbaren obligatio faciendi. Dasselbe könnte auch von der L. 56 §. 1 cit. (Anm. 25) gesagt werden. Allein diese Ansicht erscheint bedenklich, da nicht leicht anzunehmen, daß Julian und Venulejus den Unterschied der theilbaren und untheilbaren Obligation mit dem Unterschiede einer obligatio dandi und faciendi verwechselt haben sollten.

für sich und einen seiner Erben sich versprechen zu lassen (Anm. 24), mit der Wirkung, daß die Stipulationsklage nur dem bezeichneten Erben, nicht seinen Miterben gewährt wurde. Hieraus wird sich folgern lassen, daß man ein Versprechen, etwas zu thun, für sich und einen bestimmten künftigen Erben gültig abgeben konnte, und nur diesen bezeichneten Erben, nicht dessen Miterben zur Leistung verpflichtete; zumal diese Ansicht milder ist, als wenn angenommen würde, daß der entgegengesetzten Absicht der Kontrahenten ungeachtet alle Erben des Versprechenden verpflichtet seien. — Auf diesen Gründen dürfte ein Ausspruch des Celsus [28]) beruhen, wonach bei der dotis promissio Seitens des väterlichen Großvaters zu Gunsten der Enkelin ein pactum, „ne a se neve a filio suo dos peteretur" gültig geschlossen werden konnte, so daß nur dem Sohne, nicht dem Miterben desselben, die exceptio pacti zustand. Dies wurde zugelassen, obwohl zur Ausstattung einer Frau deren Vater oder an dessen Stelle der väterliche Großvater durch die Lex Iulia gesetzlich verpflichtet war. [29]) — Dagegen ein Versprechen, etwas zu unterlassen, welches Jemand für sich und einen bestimmten Erben abgab, band nicht blos den namentlich bezeichneten, sondern sämmtliche Erben. [30]) Desgleichen wird anzunehmen sein, daß aus einer Stipulation, worin der Stipulator für sich und seinen na-

28) L. 38 D. de pact. (Celsus lib. I. Dig.): „Avus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit, et pactus est, ne a se neve a filio suo dos peteretur, si a coherede filii dos petatur, ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit, filius vero exceptione conventionis recte utetur, quippe heredi consuli concessum est. Nec quidquam obstat, uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit, ceteris autem non consuli." Diese Stelle des Celsus wird von Pomponius in L. 10 D. de pact dot. fast wörtlich citirt.

29) L. 19 D. de ritu nupt., L. 6 D. de collat. (von Celsus).

30) L. 131 pr. D. de V. O. (Scaev. lib. XIII. quaest.): „Iulianus scripsit, si, ne per te neque per heredem tuum Titium fieret, quominus mihi ire liceat, stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes eius." Der Zahlende hatte einen Regreßanspruch an den störenden Miterben. L. 2 §. 5, L. 85 §. 3 D. de V. O. L. 44 §. 5 D. fam. ercisc.

mentlich bezeichneten Erben dem andern Kontrahenten das Versprechen abnahm, etwas zu unterlassen, die Forderung nicht blos auf den benannten, sondern auch auf die übrigen Erben überging. Einige Schriftsteller [31]) haben aus der L. 137 §. ult. D. de V. O. (Anm. 24) die Folgerung gezogen, daß es bereits zur Zeit des Venulejus möglich gewesen sei, für den Erben allein eine Forderung zu begründen. Diese Ansicht ist jedoch aus der angeführten Stelle nicht herzuleiten und steht in Widerspruch mit den vorerwähnten Quellenzeugnissen. (Anm. 7 bis 12.)

5. mit pactum de non petendo.

Die Absicht, eine Verpflichtung für die Erben zu kontrahiren, konnte auf indirekte Weise (per exceptionem) erreicht werden, wenn Jemand in der Stipulation das Versprechen für sich selbst abgab und daneben ein pactum abschloß: ne a se peteretur. [32]) Ferner konnte man durch das vorerwähnte pactum, ne a se neve a filio suo dos peteretur (Anm. 28) nicht blos für sich, sondern auch für den bezeichneten künftigen Erben „eine Exception erwerben", [33]) mithin indirekt die Absicht erreichen, daß nur der Miterbe des Sohnes aus jener Stipulationsverbindlichkeit auf Ausstattung in Anspruch genommen werden sollte. Dagegen wurde bei der vorerwähnten Stipulation „te et Titium heredem tuum decem daturum spondes?" (Anm. 25) das darin liegende stillschweigende pactum, „ne ab alio herede quam a Titio peteretur" als ungültig betrachtet. [34]) Wahrscheinlich war ein ausdrückliches Paktum in dieser Form ebenfalls ungültig. Denn

31) Z. B. Donell a. a. O. (Anm. 4).

32) L. 17 §. 3 D. de pact. (Paul lib. III. ad Ed.): „Si quis paciscatur, ne a se petatur, [sed ut ab herede petatur], heredi exceptio non proderit." L. 44 §. 1 D. sol. matr.

33) von Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 82.

34) L. 56 §. 1 D. cit. (Anm. 25, hinter den dort citirten Worten): „et quamvis convenisse videatur, ne ab alio herede quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus eius erit."

auch dies stand mit dem Zwölf-Tafel-Gesetz in Widerspruch.[35]) Doch kam ein pactum ne a se neve a Titio peteretur. dem Titius nicht zu statten, wenn er auch Erbe des Paciscenten wurde.[36]) Umsomehr mußte ein pactum, ne a Titio peteretur, über eine Schuld, welche nicht dem Paciscenten, sondern dem Titius oblag, auch dann unwirksam bleiben, wenn Titius den Paciscenten beerbte.[37])

---

35) Die meisten Schriftsteller sind anderer Ansicht und wollen die zwischen L. 33 D. de pact. (Anm. 28) und L. 56 §. 1 D. de V. O. (Anm. 34) dem Anschein nach obwaltende Disharmonie durch die Annahme beseitigen, daß man wohl durch ausdrückliches, nicht aber durch stillschweigendes Paktum für einen von mehreren Erben eine Exception habe erwerben können. Z. B. Pacii Ἐναντιοφανῶν seu Legum conciliatarum Centuriae, Francof. 1643, cent. II. qu. 5. Aehnlich Lamb. Goris (unten Anm. 92) tract. III. pars I. cap. 3: „Agit Celsus de liberatione, Iulianus autem de obligatione, nec quemquam fugit, propensiores esse leges ad liberandum quam ad obligandum", L. 47 D. de O. et A. Alle diese Schriftsteller setzen stillschweigend voraus, daß die promissio dotis eine obligatio dandi (oder wenigstens eine theilbare Obligation) erzeuge. In dieser Voraussetzung stellt schon die Glosse zu L. 33 D. de pact. ad verba „non erit" die Frage auf: „an tota dos poterit peti ab eo: an vero pro hereditaria parte?" Die Glosse entscheidet sich dafür, daß die ganze Dos von den Miterben verlangt werden könne, während die meisten Commentatoren und späteren Schriftsteller annehmen, daß der Miterbe blos pro parte hereditaria hafte. Vgl. Pothier (Anm. 111) pag. 48, Delvincourt (Anm. 121) pag. 468. Diese letztere an sich konsequente Ansicht dürfte schwerlich der Absicht des Paciscenten entsprechen.

36) L. 17 §. 4 D. de pact. (Paul. lib. III. ad Edict.): „Si pactus sim, ne a me neve a Titio petatur, non proderit Titio, etiamsi heres extiterit; quia ex postfacto id confirmari non potest." Vgl. L. 29 D. de R. I. — Passeribus (conciliatio legum, pag. 44 sqq.) referirt und kritisirt die verschiedenen Versuche zur Vereinigung von L. 33, L. 17 §. 2, L. 21 §. 2 D. de pact., L. 56 §. 1 D. de V. O. und schließt mit der Bemerkung, daß er „lectorum benevolum cogitabundum relinquit."

37) L 33 und L. 17 §. 4 D de pact. argum. a contrario. — A. M. ist Donell. l. c. (Anm. 4) zu L. 38 §. 17 cit. num. 41: es sei schon nach älterem Recht ein pactum ne ab herede peteretur über eine Schuld, welche nicht dem Erblasser, sondern dem künftigen Erben aus eigener Person oblag, gültig gewesen.

d. Legate.

Die Regel, daß Obligationen nicht vom Erben eines Kontrahenten anfangen konnten, fand auf *Legate* (Damnationslegate) insofern Anwendung, als dieselben gleichsam auf einem Vertrage [38]) zwischen dem Erblasser und Erben beruhten. Daher war es unmöglich, durch Testament ein Legat mit der Bestimmung auszusetzen, daß zu dessen Entrichtung nicht der Erbe selbst, sondern erst der Erbeserbe verpflichtet sein sollte. [39]) Dieser Grundsatz wurde bei *Fideikommissen* verlassen; schon die klassischen Juristen erklärten ein Fideikommiß, welches nicht dem Erben, sondern blos dem Erbeserben oder dem Erben eines Legatars auferlegt war, für gültig. [40])

e. Stipulationen und Legate post mortem, pridie quam morietur oder quum morietur stipulator resp. promissor, heres resp. legatarius.

Die alte Regel wurde auch auf solche Obligationen angewendet, welche nach ihrem Sinn, wenn auch nicht nach ihrem Wortlaut darunter fielen. Insbesondere wurden Stipulationen in der Form: *post mortem* meam dari spondes? oder *post mortem tuam* dare spondes? für nichtig erklärt, weil sich der Abschluß solcher Stipulationen als Umgehung der alten Rechtsregel darstellte, und dieselben in Wahrheit keinen anderen Sinn hatten, als daß nicht der Stipulator, sondern dessen Erbe, die Forderung erwerben, respective nicht der Promittent, sondern dessen Erbe, die Verbindlichkeit erfüllen sollte [41])

---

38) L. 5 §. 2 D. de O et A., §. 5 I. de obl. quasi ex contr.

39) Paul. R. S. III, 6 §. 3: . . . „nihil ab herede heredis relinqui potest;" Ulp. XXIV, §. 16: . . . „ne ab heredis herede legari videatur, quod *iuris civilis ratio* prohibet."

40) L. 5 §. 1 D. de leg. III. (Ulp. lib. I. Fideic.): „Si quis non ab herede vel legatario, sed ab heredis vel legatarii herede fideicommissum reliquerit, hoc valere *benignum* est" Ulp. XXV, §. 8; Gai. II, §. 239: „Nam ecce per fideicommissum . . . heredis relinqui potest: quum alioquin legatum (— lit. 13 —) inutile sit." *Böcking* schlägt als Ergänzung vor, bei der ersten Lücke: „etiam ab herede" oder „etiam post mortem" und bei der anderen: „post mortem heredis relictum."

41) Gai. III, §. 100 (Anm. 47); Gai. III, §. 176 (in den Worten „obligatio *nulla* est"); Gai. epit. II, 9 §. 8; §. 13 I. de inut. stip.,

Ebenso ungültig waren Stipulationen in der Form: pridie quam moriar dari spondes? oder pridie quam morieris dari spondes?[42]), weil sich der Tag vor dem Tode eines Menschen nicht eher feststellen läßt, als bis er gestorben ist; desgleichen Legate in der Form: quum heres meus mortuus erit, dato[43]) oder: pridie quam heres meus morietur,[44]) während Fideikommisse post mortem heredis[45]) oder pridie quam morietur heres, die letzteren zu Gunsten von conjunctae personae, als gültig betrachtet wurden.[46])

Es wäre folgerichtig gewesen, wenn Stipulationen in der Form: quum moriar, dari spondes? oder quum mo-

L. 11 C. de contrah. stip. (Anm. 78), L. un. C. ut actiones (Anm. 80). Vgl. L. 3 §. 9 D. de adim. leg. (Ulp.): . . . „melius est sensum magis quam verba amplecti.“ Es ist also nicht richtig, was Donell u. A. annehmen, daß die Wortfassung der Stipulationen „post mortem“ etc. der Grund ihrer Ungültigkeit gewesen sei, wie Donell sagt („Nam quomodo aut mortuo dari aut mortuus dare potest?“), indem er behauptet, daß es zu allen Zeiten möglich gewesen sei, Obligationen direkt für die Erben zu begründen.

42) Gai. III, 100 cit. (Anm 47), Gai. epit. II, 9 §. 8, §. 13 I. de inut. stip., L. 11 C. de contrah. stip.

43) Gai. II, 232: „Post mortem quoque heredis inutiliter legatur, id est hoc modo: cum heres meus mortuus erit, do lego aut: dato“ . . .; Ulp. XXIV, §. 16: „Post mortem heredis legari non potest, ne ab heredis herede legari videatur, quod iuris civilis ratio non patitur“ . . .; Paul. R. S. III, 6 §. 5: „Post mortem heredis legari non potest, quia nihil ab herede heredis relinqui potest;“ §. 35 I. de legatis, L. 11 C de contrah. stip. (Anm. 78) L. un. C ut act. (Anm. 80.).

44) Gai. II, 232 . . . „ita non potest legari: pridie quam heres meus morietur“ . . .

45) Ulp. XXV, §. 8: fideicommissum et ante heredis institutionem et post mortem heredis et codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet legari non possit.“ Gai. II, 269, (Gai. epit. II, 7 §. 8.), Gai II, 277.

46) Paul. R. S. IV, 1 §. 11: „filio quibuscunque verbis a patre fideicommissum relictum iure debetur. Sufficit enim inter coniunctas personas quibuscunque verbis ut in donatione voluntas expressa: et ideo etiam pridie quam moriatur recte relictum est.“

rieris, dare spondes? und Legate in der Form: quum heres morietur, dato oder quum legatarius morietur, heres ei dato allgemein für ungültig erklärt wären. In der That scheint es, daß die ältere römische Jurisprudenz von dieser Ansicht ausging. In einer Stelle des Gajus[47]) wird eine Stipulation in der Form: quum morieris dari spondes? für ebenso ungültig erklärt, als eine Stipulation post mortem meam etc. Dagegen werden Legate in der Form quum heres morietur, dato von Gajus für gültig erklärt.[48]) Desgleichen finden sich Aussprüche

47) Gai. III, 100: „Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: post mortem meam dari spondes? vel ita: quum morieris, dari spondes? id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur, nam inelegans visum est, ex heredis persona incipere obligationem. rursus ita stipulari non possumus: pridie quam moriar, aut pridie quam morieris, dari spondes? quia non potest aliter intelligi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit: rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodammodo talis est: heredi meo dari spondes? quae sane inutilis est.“ — Huschke (Studien des R. R. Breslau 1830 S. 279 fgg.) will zwischen: „post mortem meam dari spondes?“ und „vel ita“ die Worte einschieben: „vel ita post mortem tuam dari spondes) valet autem, si ita stipuletur: quum moriar, dari spondes?“ Allein bei dieser Konjektur würden die Worte: „nam inelegans“ etc. an ungeeigneter Stelle stehen. Ueberdies gibt der Text ohne Interpolation in allen Theilen einen verständlichen Sinn. Endlich zeigt der Augenschein der Veronesischen Handschrift, daß an der von Huschke bezeichneten Stelle überhaupt keine Lücke in der Handschrift, also zur Einschiebung jener Worte kein Platz ist. (Gai Institutiones, codicis Veronensis apographum, ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas compositum scripsit lapidibusque exceptam scripturam publicavit Ed. Böcking. Lips. 1866 pag. 154. 155). Es müßte also schon die Veroneser Handschrift fehlerhaft gewesen sein, was nicht anzunehmen ist.

48) Gai. II, §. 232: „Ita autem recte legatur: cum heres meus morietur: quia non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo vitae eius tempore. Rursum ita non potest legari: pridie quam heres meus morietur, quod non pretiosa ratione receptum videtur.“ Nach der Schlußbemerkung dieser Stelle sah Gajus in der verschiedenen Behandlung eines Legats quum heres morietur und eines solchen pridie quam morietur eine Inkonsequenz, was gleichfalls gegen die Konjektur Huschke's zu Gai. III, 100 (Anm. 47) sprechen dürfte.

von Ulpian[49]) und Paulus,[50]) wonach solche Legate gültig waren. Ebenso findet sich die Gültigkeit von Stipulationen in der Form quum morieris, dari spondes? oder quum moriar, dari spondes? in andern Quellenstellen ausgesprochen.[51]) Jedenfalls war die Gültigkeit solcher Stipulationen längst vor Justinian's Gesetzgebung allgemein anerkannt.[52]) Hiernach wurde eine solche Stipulation nach den Regeln der unter Zeitbestimmung abgeschlossenen Stipulationen behandelt, so daß der Schuldner, welcher vor Eintritt des Todestages zahlte, das Gezahlte nicht zurückfordern konnte.[53])

Ein Damnationslegat, welches dem Legatar bei dessen Tode entrichtet werden sollte, war unbedingt gültig, so daß der Legatar von Todeswegen darüber verfügen konnte,[54]) und, falls der Erbe vor dem Legatar starb, die Verbindlichkeit auf den Erben des onerirten Erben überging. Dagegen ein Damnationslegat, wonach der Erbe bei seinem eigenen Tode

---

49 Ulp. XXIV, §. 16: „Post mortem heredis legari non potest, ne ab heredis herede legari videatur, quod iuris civilis ratio non patitur, ad mortis autem heredis tempus legari potest, veluti cum heres morietur.“

50) Paul. R. S. III, 6 §. 6: „In mortis tempus tam sua quam heredis eius legata confirmari possunt, hoc modo: Lucio Titio, quum morietur, do lego aut heres meus dare damnas esto.

51) Fragm. Vat. §. 98 . . . „stipulationem quidem in hunc casum conceptam quum moriar, dari utilem esse“...; L. 45 §§. 1, 3 D. de V. O. (Ulp.), L. 20 D. de iure dot. (Paul.), L. 76 D. eod. (Tryph.), L. 121 §. 2 D. de V. O. (Pap.); L. 7 D. de reb. auct. iud. (Paul.): „Hereditarium aes alienum intelligitur etiam id, de quo cum defuncto agi non potuit, veluti quod is, quum moreretur, daturum se promisisset; item quod is, qui pro defuncto fideiussit, post mortem eius solvit.“ In der Flor. wird diese Stelle dem Gaius zugeschrieben, wonach sie mit Gai. III, 100 im Widerspruch stehen würde.

52) §. 15 I. de inut. stip.: „Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat: cum moriar, dare spondes? vel cum morieris, ut apud veteres utilis erat, et nunc valet.“

53) L. 17 D. de C. I. (Ulp.): „nam si cum moriar dare promisero et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait; quae sententia vera est.“

54) v. Savigny, System Bd. 3 S. 214.

Etwas geben sollte, galt nur unter der Bedingung, daß der Legatar den Erben überlebte,[55]) nach der Regel: dies incertus condicionem in testamento facit,[56]) welche auf der durch Gesetz fingirten Annahme beruhen dürfte, daß ein Testator, welcher verordnete: heres meus Maevius, quum morietur, damnas esto, Titio 100 dare, diese 100 lieber dem Maevius als dem Titius, dagegen lieber dem Titius als den künftigen Erben des Maevius und wiederum lieber den Erben des Maevius als denen des Titius zuwenden wollte.

Stipulationen in der Form: quum morieris, facere spondes? waren ungültig,[57]) daher umsomehr auch Stipulationen in der Form: post mortem tuam oder pridie quam morieris, facere spondes? und wahrscheinlich ebenfalls Stipulationen in der Form: post mortem meam oder quum moriar oder pridie quam moriar, facere spondes?

f. Adstipulatoren bei stip. post mortem.

Die Nichtigkeit der Stipulationen in der Form post mortem meam dari spondes? konnte gewissermaßen geheilt werden, indem ein Adstipulator[58]) dasselbe post mortem primi stipulatoris für sich stipulirte,[59]) nach dem Tode

---

55) L. 4 D. quando dies (Ulp.): „Si quum heres morietur, legetur, condicionale legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. §. 1. Si vero quum ipse legatarius morietur, legetur ei, certum est, legatum ad heredem transmitti.“ L. 1 §. 2 D. de cond. et dem. (Pomp.), L. 79 pr. §. 1 D. eod. (Pap.), L. 13 i. f. D. quando dies, L. 12 §. 1 D. de legatis II. — In Paul. R. S. III, 6 §. 6 wird im Gegensatz zu III, 6 §. 5 (Anm. 43) ohne Hervorhebung jener Bedingung ein Legat „Lucio Titio, cum morietur . . . heres meus dare damnas esto“ für möglich erklärt.

56) L. 75 D. de cond. et dem. (Pap.), v. Savigny Bd. 3. S. 212, 136.

57) L. 46 §. 1 D. de V. O. (Paul.): Id autem, quod in facto est, in mortis tempus conferri non potest, veluti: quum morieris, Alexandriam venire spondes?“

58) Gai. III, §. 110 fgg.

59) Gai. III, 117 (Anm. 61).

des Letzteren die Zahlung in Empfang nahm,[60]) nöthigenfalls die Forderung einklagte (Anm. 61) und dann das Eingezogene an die Erben des ersten Stipulators ablieferte. Der Abstipulator haftete den Erben des ersten Stipulanten für Restituirung der eingezogenen Schuldbeträge, ferner für Schadensersatz und Interesse (wenn er gefährlicherweise den Schuldner durch acceptilatio von der Schuld befreite), mit der actio mandati und resp. mit einer besonderen Klage aus dem zweiten Kapitel der lex Aquilia.[61]) Dies Hülfsmittel war jedoch insofern unsicher, als der Abstipulator vor dem ersten Stipulanten sterben konnte und die Klage aus der Abstipulation sich nicht vererbte,[62]) und als ferner der Abstipulator aus der Abstipulation ein eigenes Forderungsrecht erwarb, welches ihm der erste Stipulator nicht wieder entziehen konnte.[63]) Auch ist

---

60) Zwar könnte aus den Worten der L. 108 D. de solut. (Paul.): „Ei autem, cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia mandatum morte dissolvitur", die Meinung hergeleitet werden, daß eine Zahlung an den Abstipulator nach dem Tode des Stipulanten ungültig gewesen sei. Allein der Text scheint durch Wortumstellung korrumpirt zu sein und mit Rücksicht auf die Lesart der Basiliken und einiger alten Handschriften folgendermaßen emendirt werden zu müssen: „Ei autem, cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur." Cuiac. obs. I, 38, Glück Bd. 15 S. 340. 341. A. M. ist Dietzel, Beitrag zur Lehre vom mand. post mortem, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proz. Jahrg. 1856 S. 427.

61) Gai. III, 111, 117: ... „adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur: stipulando nihil agimus, adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat: qui si quid fuerit consecutus, de r[estitue]ndo eo mandati iudicio heredi . . . tenetur". (An Stelle der drei Punkte finden sich in der Veronesischen Handschrift die Buchstaben „mor"). III, 215: „Capite secundo" (nämlich legis Aquiliae) „in adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esse[t], tanti actio constituitur." (§. 216): „Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est. sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur."

62) Gai. III, 114: „In hoc autem iure quaedam singulari iure observantur, nam adstipulatoris heres non habet actionem" . . .

63) L. 108 D. de solut. (Paul.), vor den in Anmerkung 60 citir-

es zweifelhaft, ob der Prätor eine Mandatsklage der Erben gegen den Adstipulator auf Leistung des Interesse in dem Fall zugelassen haben würde, wenn etwa der Adstipulator sich weigerte, die Schuld vom Schuldner einzutreiben.[64])

Bei Stipulationen in der Form: post mortem tuam dari spondes? war es möglich, daß ein sponsor oder fidepromissor die Zahlung nach dem Tode des Promittenten versprach und daraus dem Stipulanten haftete.[65])

g. Mandat.

Nach dem Gesagten nahm, wie Gajus bezeugt, eine Mandatsklage gegen den Adstipulator vom Erben den Anfang (Anm. 61), sofern der Adstipulator die Zahlung nicht etwa schon vor dem Tode des ersten Stipulanten vom Schuldner in Empfang genommen hatte. Ferner konnte nach einem Zeugniß des Ulpian[66]) aus einem Mandat, ein Denkmal für den Auftraggeber nach dessen Tode zu errichten, der Erbe des Letztern mit der actio mandati directa, und der Beauftragte unter Umständen mit der actio mandati contraria klagen.[67]) Des-

---

ten Worten: Ei qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, quia talis est lex obligationis; ideoque etiam invito me recte ei solvitur." Vgl. L. 106 D. eod.

64) Dernburg (krit. Ztschr. Bd. I Aufl. 1) verneint diese Frage wegen der Worte „si quid fuerit consecutus" und wegen der singulären Natur der ganzen Bestimmung.

65) Gai. III, 118: „Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio, fideiussoris valde dissimilis." 119: „Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum; quamvis interdum ipse qui promiserit, non fuerit obligatus, veluti si aut pupillis sine tutoris auctoritate, aut quilibet post mortem suam dari promiserit".

66) L. 12 §. ult. D. mandati (Ulp. lib. XXXI. ad Ed.): „Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. Illum vero, qui mandatum suscepit, si tua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum; potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit."

67) Die Meinung von Dernburg a. a. O. (Anm. 4) und Dietzel a. a. O. (Anm. 60) S. 430 fgg., daß im ersten Satz der L. 12 §. ult.

gleichen wurde bei Tradition eines Sklaven ein Mandat, denselben nach dem Tode des Tradenten freizulassen, als lex traditionis für gültig erklärt.[68]) Vielleicht ließ der Prätor auch in einigen andern Fällen[69]) eine Mandatsklage zu, welche ein Erbe aus einem Mandat des Erblassers gegen den Beauftragten erhob. Allein hieraus ist nicht zu folgern, daß zur Zeit der klassischen Juristen eine jede Mandatsklage vom Erben anfangen konnte; vielmehr lassen sich die angeführten Beispiele nach ihrer Natur und dem Zusammenhang der Textesstellen als Singularitäten erklären, welche aus Billigkeitsrücksicht angenommen sein mögen. Als Regel wird von Gajus bezeugt,[70]) daß ein Mandat, welches Jemand für die Zeit nach seinem Tode ertheile, ungültig sei, weil nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Obligation vom Erben nicht anfangen könne. Hiernach dürfte ein kurzes Fragment des Gajus, welches sich in den Pandekten findet[71]) und dort in einen Abschnitt des Ulpian hineingeschoben ist, ursprünglich in einem andern Zusammenhang als gegenwärtig gestanden haben. Denn dies Fragment läßt für sich allein die Meinung des Gajus nicht erkennen, würde aber, wenn es von Anfang an den aus den

---

cit. (Anm. 66) ein non von den Compilatoren gestrichen sei, dürfte der nöthigen Begründung entbehren, zumal da sich im vorliegenden Fall die Zulassung der Mandatsklage als Singularität aus religiöser Rücksicht erklären läßt. Die Erfüllung des Auftrags konnte mitunter auch durch actio doli oder durch extraordinaria cognitio des Prätors herbeigeführt werden. L. 14 §. 2 D. de religiosis (Ulp.).

68) L. 27 §. 1 D. mand. (Gai.): „Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, consistit obligatio, potest autem et in mea persona agendi causa intervenire, veluti si poenitentia acta servum recuperare velim." (Vgl. Dietzel, a. a. O. Anm. 60, S. 425).

69) Vgl. L. 1 §. 4 D. mand. (Paul.): „Mandatum . . . originem ex officio atque amicitia trahit" . . .

70) Gai. III, 158: „Item si quis pos[t] mortem meam aliquid mihi faciendum mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse."

71) L. 13 D. mand. (Gai. lib. X. ad Ed. prov.): „Idem est, et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum".

Pandekten hervorgehenden Sinn gehabt hätte, mit der angeführten Stelle aus den Institutionen des Gajus nicht in Einklang stehen. [72])

b. Konsensualkontrakte, Realkontrakte und klagbare Pakta.

Keinenfalls rechtfertigt sich aus den angeführten Zeugnissen der römischen Juristen die weitere Folgerung, daß nicht nur Mandate, sondern auch alle übrigen Konsensualkontrakte in der Person des Erben hätten den Anfang nehmen können. [73]) Daß eine Societät vom Erben nicht anfangen konnte, ist von Ulpian ausdrücklich bezeugt. [74]) Daß aber ebensowenig ein Kauf oder eine Miethe vom Erben anfangen konnte, geht aus

72) Die Konjektur, in L. 13 cit. (Anm. 71) „hereditario monumento“ statt „heredibus meis,“ als Auflösung einer vermeintlichen Abkürzung „H. M.“ zu lesen, erscheint mit Rücksicht auf die Handschriften und die Basiliken, sowie auf die Unwahrscheinlichkeit einer solchen Abkürzung, wie sie hier vorausgesetzt wird, nicht als haltbar. Glück Bd. 15 S. 338, 339 Anm. 41. Viel wahrscheinlicher ist es, daß die Worte des Fragments ursprünglich den entgegengesetzten Sinn als jetzt gehabt haben und bei Redaktion der Pandekten den veränderten Rechtsgrundsätzen (s. unten Anm. 80) angepaßt sind, was nicht ganz vereinzelt sein würde. Vgl. L. 1 D. de legatis I (Ulp.), unten Anm. 77, ferner L. 4 D. mand (Gai.) in Verbindung mit Gai. III, §. 161 und §. 8 I. de mand., auch oben Anm. 10.

73) Dies Letztere ist die Meinung v. Scheurl's a. a. O. (Anm. 4): „Konnte nun aber durch das Mandat schon im älteren Rechte eine Obligation für den Erben begründet werden, so konnte es ohne Zweifel auch durch andere bonae fidei negotia geschehen. Wenn z. B. nach L. 13 cit. durch ein Mandat, dem Erben etwas einzukaufen, diesem eine Klage auf Erfüllung dieses Vertrags verschafft werden konnte, so ist nicht abzusehen, warum nicht ebensogut ein Kaufvertrag gültig gewesen sein sollte, durch welchen ausgemacht wurde: Meine Erben werden mein Wohnhaus dem A um die und die Geldsumme käuflich überlassen ... Vielleicht konnten nicht blos bonae fidei negotia, sondern alle contractus iuris gentium in dieser Weise post mortem, also für die Erben, geschlossen werden.“

74) L. 35 D. pro socio (Ulp.): „Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit. In heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet.“ Vgl. L. 65 §. 11 D. eod. (Paul.): . . .“ ne alioquin invitus quis socius efficiatur, cui non vult.“ . . .

den allgemeinen Ausdrücken hervor, womit die Regel obligationem ab herede incipere non posse von den klassischen Juristen bezeugt (Anm. 7, 8, 9) und durch die angeführte Konstitution der Kaiser Honorius und Arkadius [75]) bekräftigt ist. Aus demselben Grunde ist anzunehmen, daß Kauf-, Mieth- und andere zweiseitige Verträge auch dann ungültig waren, wenn sie auf der einen oder andern Seite nach dem Tode eines Kontrahenten erfüllt werden sollten. Ebensowenig konnte aus einem Realkontrakte eine Obligation für den Erben anfangen, wie durch die Natur der Realkontrakte bestätigt wird. Es würde z. B. ein mutuum, commodatum, depositum, pignus ungültig gewesen sein, wenn nach Verabredung der Kontrahenten die Rückzahlung des Darlehns oder Rückgabe der Sache erst nach dem Tode des einen Kontrahenten oder vom Erben gefordert werden sollte, und ebenso ein Innominatkontrakt, nach welchem die Gegenleistung für die empfangene Sache oder Handlung dem Erben obliegen oder vom Erben gefordert werden sollte. [76]) Nicht minder waren formlose Verträge (pacta legitima und praetoria), aus welchen die Forderung oder Verbindlichkeit vom Erben beginnen sollte, unkräftig, da die Stellen, auf welche sich die entgegengesetzte Meinung stützt, vom pactum de non petendo handeln und auf klagbare Pakta nicht auszudehnen sind.

---

75) L. 8 C. Th. de diversis rescriptis (1, 2): „Dubium non est, contestationem intelligi, etiamsi nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae, easque vel adversus heredem quoque eius, in quem porrectae sunt, vel ab herede eius, qui meruerit, exerceri. Nam sicut ex causis numerosis etiam haec actio transmittitur ad heredem, quae testatori competiisse monstratur: sic et ex diverso iuris definitione consultorum omnium consona responsione firmatur, ab herede actionem non incipere, quae non competierit testatori.“

76) Vgl. L. 1 §. 45 D. depos. (Ulp.): „Si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas, et tecum et cum herede tuo possum depositi agere; possum enim mutare voluntatem et ante mortem tuam depositum repetere.“

II. Die Gesetzgebung Justinian's.

Wie aus der bisherigen Untersuchung erhellt, konnte schon vor Justinian die Absicht der Kontrahenten, daß eine Obligation vom Erben anfangen sollte, in vielen Fällen auf indirektem Wege erreicht werden, theils durch Stipulationen und Legate in der Form quum morietur oder durch Fideikommisse, theils durch Stipulationen post mortem mit Hinzuziehung eines Abstipulators oder Fidepromissors, theils durch pacta de non petendo, obwohl die alte Regel bestehen geblieben war und ihre praktische Bedeutung nicht verloren hatte. Die Bedürfnisse des Verkehrs, welchen die Gesetzgebung Justinian's Rechnung trug, erheischten eine möglichst ausgedehnte Freiheit in der Vertragsschließung; auch suchte Justinian die Formalitäten der Rechtsgeschäfte zu vereinfachen und eine materielle Gleichstellung der Legate und Fideikommisse herbeizuführen.[77]) Hierzu kam die Erwägung, daß die bisherigen Grundsätze, welche sich theils zur Ausführung, theils zur Milderung der alten Regel gebildet hatten, dem Vorwurf der Inkonsequenz nicht überall entgehen konnten. Insbesondere fehlte ein innerer Grund, weshalb Stipulationen und Legate in den Formen post mortem oder pridie quam morietur anders als in der Form quum morietur behandelt wurden. Aus diesen Rücksichten verordnete Justinian im Jahre 528,[78]) daß die recht-

---

77) L. 1 C. communia de legatis (6, 43). L. 1 D. de legatis I (Ulp.): „Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis." Daß dies Fragment nicht die ursprüngliche Meinung des Ulpian darstellt, ergibt sich aus Ulp. XXIV, XXV, Gai. II, 268—284.

78) L. 11 C. de contrahenda et committenda stipulatione (8, 38). Imp. Iustinianus A. Mennae P. P.: „Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem an quum morietur vel pridie quam morietur, stipulatus sit aliquis, vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes, omnia, quae vel in quocunque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem, vel pridie quam moreretur, scripta esse noscuntur, nihilominus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus." Dat III. Id. Dec. Constantinop. Dn. Iustiniano A. P. P. II. Cons. Vgl. § 13 I. de inut. stip.

lichen Unterschiede zwischen Stipulationen in den Formen „post mortem,“ „pridie quam morietur“ und „quum morietur“, ferner zwischen Legaten und Fideikommissen in solcher Form aufhören und alle dergleichen Stipulationen, anderen Kontrakte und Legate fortan gültig sein sollten. Hierdurch wurde das Institut der Abstipulatoren überflüssig, weshalb die betreffenden Stellen des Gajus in Justinian's Institutionen nicht aufgenommen sind.[79]) Die alte Regel selbst blieb noch bestehen, so daß eine Forderung oder Verbindlichkeit, welche direkt und allein für den Erben kontrahirt wurde, nach wie vor ungültig war. Die Konsequenz der neuen Gesetzgebung führte jedoch dahin, auch diese Schranke der Vertragsfreiheit zu entfernen. Daher erklärte Justinian durch eine Konstitution vom Jahre 531 die Regel des alten Civilrechts für aufgehoben und verordnete, daß nach dem Willen der Kontrahenten Klagen und Obligationen vom Erben und gegen denselben anfangen könnten.[80])

Beide Gesetze Justinian's bezogen sich nicht blos auf Stipulationen, sondern auf alle Arten von Verträgen. Danach konnte man also Kauf- oder Miethsverträge in der Weise abschließen, daß die Klage des Käufers oder Miethers, des Verkäufers oder Vermiethers erst dem Erben zustehen sollte, ferner

79) Gai. III, 117 (Anm. 61), §. 12 I. de lege Aquilia: „Caput secundum legis Aquiliae in usu non est.“ L. 27 §. 4 D. ad L. Aquil. (Ulp. lib. XVIII ad Ed.): „Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit.“

80) L. un. C. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant. (4, 11). Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.: „Quum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat, etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes, veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam de medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.“ Dat. XV. Kal. Nov. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestae. V. V. C. C.“

Realkontrakte[81]) mit ähnlicher Abrede kontrahiren, aus einem Mandat den Auftrag übernehmen, nach dem Tode des Auftraggebers für dessen Erben ein Grundstück zu kaufen,[82]) oder die Verabredung treffen, daß ein Kontrahent dem Erben des andern oder der Erbe des einen dem andern Kontrahenten ein Haus bauen,[83]) ein Bild machen, Unterricht in der Musik ertheilen, einen Prozeß führen sollte.[84]) Doch blieb ungültig die Eingehung einer Societät (Anm. 74) für den Erben und eine Stipulation in der Form: quum morieris, Alexandriam venire spondes? (Anm. 57); die betreffenden Aussprüche des Paulus und Ulpian sind in die Pandektensammlung aufgenommen und finden in der besonderen Natur dieser Abreden eine hinlängliche Erklärung.

Auch hielt Justinian den Grundsatz aufrecht, daß aus Stipulationen, worin Einer für sich und einen bestimmten Erben Etwas zu geben versprach oder sich versprechen ließ, die Forderung oder Verbindlichkeit nicht blos auf den namentlich bezeichneten, sondern auf alle Erben überging.[85])

---

81) Buchka a. a. O. (Anm. 4) S. 78. Vgl. jedoch L 1 §. 45 D. depos. (Anm. 76), welche sich aus der eigenthümlichen Natur des Depositums rechtfertigt und aufrecht erhalten ist.

82) L. 13 D. mand. (Anm. 71) im Sinn der Pandektensammlung.

83) L. 15 C. de contrah. et committ. stip. (v. Jahr 532).

84) A. M. sind Donell a. a. O. (Anm. 4) num. 41, v. Scheurl a. a. O. (Anm. 4), Buchka a. a. O. (Anm. 4) S. 77: „Von der Anwendung jenes Princips sind jedoch die Fälle einer ihrer Natur nach unvererblichen Obligation auszunehmen, da das Erbrecht auch dann allein das Mittel für die Verknüpfung der durch eine Handlung des Erblassers begründeten Obligation mit der Person des Erben bildet, wenn die obligatorischen Wirkungen jener Handlung in der Person des Erblassers noch nicht zur Existenz gekommen sind." Daß diese Argumentation, welche allenfalls zur Erläuterung von L. 35 D. pro socio und L. 46 §. 1 D. de V. O. dienen könnte, zu weit geht, erhellt schon aus L. 13 D. mand.

85) A. M. ist Buchka a. a. O. (Anm. 4) S. 78 bis 80, welcher aus L. un. C. ut act. folgert, daß bei obligationes dandi ebenso wie bei obligationes faciendi Jemand für sich und einen bestimmten Erben oder für den Letzteren allein die Forderung oder Verbindlichkeit kontrahiren könne, mithin die Bestimmungen von L. 56 §. 1 und L. 137 §. ult. D. de V. O. ihre Bedeutung verloren hätten.

Denn die betreffenden Aussprüche des Julianus (Anm. 25) und Venulejus (Anm. 24) finden sich in den Pandekten Justinian's und stehen mit der neuen Regel nicht in Widerspruch. Die Stelle des Venulejus erlangte durch ihre Aufnahme in die Justinianische Gesetzsammlung, verglichen mit der neuen Regel Justinian's, eine weitere Bedeutung, an welche der Verfasser selbst noch nicht denken konnte,[86]) daß nämlich die Beschränkung der Forderung aus einer obligatio dandi auf einen von mehreren Erben auch dann unmöglich war, wenn die Forderung vom Erben anfangen sollte.[87]) Hieraus und aus der Analogie des vorerwähnten Ausspruchs von Julian wird sich ferner folgern lassen, daß auch die Verpflichtung, etwas zu geben, nach Justinian's Gesetzgebung nicht direkt auf einen von mehreren Erben durch Vertrag beschränkt werden konnte, was sich jedoch nach wie vor umgehen ließ, wenn Jemand die Verpflichtung für sich und seine Erben kontrahirte und daneben paciscirte ne a se neve a coheredibus Titii peteretur.

Dagegen wird nach derselben duplex interpretatio von L. 137 §. ult. D. de V. O. (Anm. 24) und nach der früheren Ausführung (S. 6 bis 10) anzunehmen sein, daß eine obligatio faciendi (als Forderung oder Verbindlichkeit) für einen von mehreren Erben durch Vertrag begründet werden konnte.[88]) An der Gültigkeit eines Vertrages, worin Jemand für sich selbst und gleichzeitig für einen bestimmten Erben eine obligatio faciendi kontrahirte, wurde durch Justinian nichts geändert.[89])

---

86) S. oben Seite 10.

87) Bartolus ad L. 137 §. ult. cit. (Anm. 24). A. M. ist Buchka (s. Anm. 85).

88) v. Vangerow §. 608 führt aus: da hier die obligatio erst in der Person der Erben entstehe, so könne, wenn der Erblasser den Vertrag nur auf Einen seiner mehreren Erben gestellt habe, die obligatio auch immer nur in der Person dieses Einen zur Entstehung kommen. Dieser Ansicht dürfte im Resultat, aber nicht in den Gründen beizupflichten sein (Anm. 89).

89) A. M. sind z. B. Helfricus-Ulricus Hunnius Variar. resol. iur. civ. libri IV. Francof. 1620, lib. IV. pars IV. quaes. VI, Bucher

III. Gemeines Recht.

Die dargestellten Grundsätze des Römischen Rechts nach der Justinianischen Gesetzgebung sind als gemeines Recht in Deutschland und andern europäischen Ländern recipirt. Nach gemeinem Recht können daher durch Vertrag Forderungen und Verbindlichkeiten geschaffen werden, welche erst nach dem Tode des einen Kontrahenten anfangen sollen, mithin vom Erben anfangen, und beruhen auf dieser Voraussetzung einige neuere Rechtsbildungen, z. B. das in Deutschland entwickelte Institut der Testamentsexekutoren [90]) und gewisse Lebensversicherungsverträge; auch ist, wiewohl unnöthigerweise, die Zulässigkeit der deutschen Erbverträge von älteren Romanisten [91]) aus der L. un. C. ut actiones erklärt.

Recht der Forderungen, 2. Aufl. S. 51, v. Vangerow a. a. O. (Anm. 88), Vering Geschichte und Institutionen des R. R. 1865 S. 236, auf Grund von L. 13 C. de contrah. et comm. stip., weil hierdurch die obligationes faciendi, gleich den obligationes dandi, für vererblich erklärt seien, mithin der Grund, auf welchem die Unterscheidung des Venulejus in L. 137 §. ult. D. cit. beruhe, hinweggeräumt sei. Allein diese Argumentation genügt nicht zu der Annahme, daß L. 137 §. ult. cit. abgeändert und aus Versehen in die Pandekten aufgenommen sei. Auch kann nicht zugegeben werden, daß die Unvererblichkeit der obligationes faciendi der einzige Grund für jene Unterscheidung des Venulejus gewesen. Vielmehr dürfte zu berücksichtigen sein, daß in den meisten und wichtigsten Fällen die obligationes dandi theilbar, die obligationes faciendi untheilbar sind, L. 72 D. de V. O., v. Savigny, Obligationenrecht Bd. I S. 329 fgg., daß also bei dergleichen untheilbaren Obligationen, wenn sie nicht auf einzelne Erben beschränkt werden könnten, Korrealobligationen entstehen würden, L. 85 §. 2 D. de V. O., L. 11 §. 23 D. de legatis III, L. 25 §§. 9, 10 D. fam. erc., L. 2 §. 2 D. de V. O., L. 17 D. de serv., und daß hierdurch eine unnöthige Verwicklung hervorgerufen würde, welche überdies mit dem ausgesprochenen Willen der Kontrahenten in Widerspruch stände. Daß Justinian diesen Zwang habe einführen wollen, ist nicht anzunehmen.

90) Arg. L. 13 D. mand. Gerber Privatr. §. 265.

91) Odofred (im 13. Jahrh.) gab in den Vorlesungen zu L. un. C. ut act. seinen Zuhörern den Rath, wenn sie, wie es täglich geschehe, von „baratatores“ bestürmt und gefragt würden, wie ein Reicher, welcher augenblicklich alles nach ihrem Willen thun würde, ihnen seine Erbschaft zusichern könne, so sollten sie kurzweg antworten, ein Vertrag über eine

Die im Justinianischen Recht aufrecht erhaltenen Bestimmungen über die Frage, ob eine Forderung oder Verbindlichkeit auf einen von mehreren Erben beschränkt werden könne, sind ebenfalls in das gemeine Recht übergegangen, da sich ein entgegengesetztes allgemeines Gewohnheitsrecht nicht nachweisen läßt.[92]) Insbesondere können nach gemeinem Recht aus einem

künftige Erbschaft widerspreche dem Gesetz, L. 15 C. de pact., L. 3 C. de collat., L. 35 §. 1 C. de inoff. test., und sei ungültig; wenn aber beide Theile kämen, und ihr redlicher Wille auf einen solchen Vertrag gerichtet sei, so möchten sie antworten, es gebe ein Auskunftsmittel in der L. un. C. cit., indem der Eine verspreche, dem Andern alle seine Güter nach seinem Tode zu geben; ein anderes Auskunftsmittel liege in der Schenkung aller Güter unter Vorbehalt des Nießbrauchs.

92) Vgl. Ant. Gomez, Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis communis et regii (Francof. 1584) tom. II. cap. II. num. 15, behauptet eine Aenderung der L. 137 §. ult. D. de V. O. (Anm. 24) durch die Lex Regia Ordinamenti, „qua cavetur, quod bene potest quis alteri stipulari," und fügt hinzu: „Ergo attenta ratione Bartoli et communi bene posset quis acquirere et stipulari uni ex heredibus suis." Dagegen verneint er die Frage „an promissor vel debitor posset gravare vel onerare unum ex heredibus tantum, rem vel quantitatem solvere?" (vgl. Anm. 25. 34.) tam de iure communi quam Regio, „quia non potest obligare extraneum, ita neque heredem pro aliis partibus, pro quibus non est heres. Unde omnes tenebuntur solvere debitum pro hereditariis portionibus." Diese Ansicht erklärt Gomez für die communis doctorum opinio. Nach dieser communis opinio wurde, wie Nic. Burgundus (Ad consuetudines Flandriae aliarumque gentium controversiarum, Arnhem. 1646, tract. IV n. 8 pag. 137) bezeugt, „solemni provocatione Mechliniae adversus Molinaeum judicatum," daß nämlich „si quis Gandavi stipularetur, ne ab alio herede quam a Titio peteretur, pactum conventum coheredibus est inutile, quia Titius haud aliter quam heredes eius obligabitur, L. 56 §. 1 D. de V. O." Dieser communis opinio und dem klaren Wortlaut von L. 56 §. 1 cit. folgte Lamb. Goris, wie derselbe bezeugt (Adversariorum iuris subcivorum ad lucem consuetudinis Ducatus Gelriae et Comitatus Zutphaniae ac vicinarum Belgii provinciarum, Arnhemii 1651, annot. zu tract. III. pars I. cap. III. pag. 150), in einem Rechtsgutachten vom Jahre 1646, obwohl er theoretisch (l. c. cap. 3 num. 8) es für billig hielt, „ut heredum unus obligatione a defuncto nominatim comprehensus solus conveniretur." Ebenso entschied das Tribunal zu Wismar durch Erkenntnisse vom 26 April 1658 und 17 Jan. 1657 auf Grund von L. 56 §. 1 D. cit., daß die Einrede eines verklag-

Vertrage, worin Jemand die Verpflichtung, etwas zu geben, für sich selbst und seine Erben übernommen und die letzteren für solidarisch haftbar erklärt hat, die einzelnen Erben nicht auf das Ganze, sondern nur auf Höhe ihrer Erbportion in Anspruch genommen werden (Anm. 92). Dieser Satz kann in denjenigen Ländern, in welchen schon nach Gesetz und Gewohnheitsrecht jeder von mehreren Erben in solidum für die Schulden des Erblassers haftet, z. B. in der Stadt und Provinz Mecheln [93]), nicht zur Anwendung kommen. Daß aber auch

---

ten Erben, „se non esse solum heredum," durch die „replicatio pacti in continenti credito adjecti, ut heredum singuli in solidum tenerentur atque conveniri possent," nicht beseitigt werde, sondern der Verklagte nur pro parte hereditaria hafte. (Mevius, pars V. dec. 66, pars VI. dec. 92 und dec. 94.) Im selben Sinn wurde auf Grund von L. 56 §. 1 D. cit. dem Vernehmen nach von Preußischen Gerichten in einem Prozeß entschieden, daß aus einem zu Cleve (vor Einführung des Preußischen Landrechts) abgeschlossenen Vertrage, wonach die Vorsteher der dortigen Judenschaft ein Darlehn aufgenommen und zur Rückzahlung desselben sich selbst und ihre Erben für solidarisch haftbar erklärt hatten, die Erben nur pro parte hereditaria zu haften hätten.

93) Pauli Christinaei, Syndici Civitatis ac Provinciae Mechliniensis, in Leges Municipales ejusdem Civitatis ac Provinciae commentaria ac notae. Antverp. 1667. Tit. XVI. art. 37: „De crediteur van eenen overleden oft vanden sterfhuys daer meer erfghenamen zyn, magh sijne ghebeele schuldt eyßschen van een van de erf ghenamen die hem belieft, de welcke schuldigh is de schuldt te betaelen, sonder te moghen ontstaen midts presenterende sijn deel van der schuldt, maer sal sijn verhael hebben op sijn mede erfgenamen an eenen yegelijck te doen betaelen sijn deel." (Id est: Creditor eius defuncti qui plures reliquit heredes, totum, quod sibi debetur, abs quolibet heredum exigere potest, qui eo nomine liberari non debet, si pro sua portione paratus sit solvere: id tamen quod ultra suam partem dederit, a coheredibus servabit, singuli enim ei pro rata solvent). Christinäus führt hierbei aus, daß ein solches Recht zwar den Gläubigern, aber nicht den Legataren zustehe, wie in Theorie und Praxis angenommen sei, und erklärt es für kontrovers, ob die Erben des Erben in solidum oder blos pro parte haften. Zugleich bezeugt er, daß in Brüssel und den meisten andern Städten von Brabant das gemeine Recht gelte. Derselbe Grundsatz, daß jeder Erbe in solidum hafte, ist angeblich in Mecklenburg durch Gesetz und in der Bretagne vor Einführung des Code durch Gewohnheitsrecht ange-

in Ländern des gemeinen Rechts, in welchen jeder Erbe sonst nur pro parte hereditaria haftet, hieran durch Vertrag etwas geändert, insbesondere jedem Erben die Verpflichtung in solidum auferlegt werden könne, wird sich nicht leicht aus Statuten oder Partikularrechten nachweisen lassen; und dürfte die entgegengesetzte Ansicht, wonach L. 56 §. 1 D. de V. O. in einzelnen Ländern durch Gewohnheitsrecht aufgehoben sein soll, vielleicht auf ein Mißverständniß der erwähnten Partikularrechte zurückzuführen sein. [94])

IV. Neuere Gesetzbücher.

a. Preußisches Recht.

Nach preußischem Recht sind Verträge zum Vortheil eines Dritten unter den Kontrahenten gültig. [95]) Daher wird aus einem Vertrage unter Lebenden, worin Jemand etwas für seine Erben sich versprechen läßt, die Forderung in der Person des Erblassers gültig begründet; sie geht dann auf die Erben über, in deren Person die Fälligkeit der Forderung eintritt. Dieselbe Bedeutung hat ein Vertrag, wodurch sich Jemand etwas für sich und seine Erben versprechen läßt. Ebenso verhält es sich mit einer Stipulation für sich und seinen Erben Titius, falls Titius demnächst alleiniger Erbe des Gläubigers wird. Hinterläßt der Gläubiger noch an-

---

nommen. Toullier, Le droit civil français, liv. III tit. III chap. IV pag. 669.

94) Nic. Burgundus sagt im Anschluß an die Anm. 92 citirten Worte: „Verumtamen si idem pactum Alosti convenerit, persona Titii in solidum tenebitur, propter consuetudinem loci, ubi proponitur contractum.“ Groenewegen, Tract. de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia, Noviomag. 1664, sagt zu L. 56 §. 1 cit.: „moribus nostris explosa Romani iuris scrupulosa subtilitate idem dicendum videtur de promissore“ (scil. ac de testatore: eum posse) „unum ex heredibus in solidum obligare.“

95) A. L. R. I, 5 §. 74: „Auch die Vortheile eines Dritten können Gegenstand eines Vertrages sein.“ Vgl. A. L. R. I, 5 §. 270, I, 4 §. 112. Entscheidungen des Kgl. Ober-Tribunals Bd. 12 S. 150 (Erk. v. 10 Mai 1845), Bd. 26 S. 12 (v. 21 Juni 1853, IV), Bd. 39 S. 27 (v. 25 Juni 1858, I).

dere Erben außer Titius, so können dieselben bei der Erbschaftstheilung die betreffende Forderung dem Titius im Erbrezeß zur alleinigen Einziehung überweisen, ferner, so lange sie im Miteigenthum stehen, die Forderung gemeinschaftlich einziehen [96]) und nicht wider den Willen des Titius den Vertrag aufheben oder abändern, weil hierzu nur die Kontrahenten, resp. deren Erben befugt sind, und zu den letzteren der Titius gehört. [97]) Wohl aber kann in solchem Fall der Titius an Geltendmachung der Forderung durch seine Miterben gehindert werden, da er für seine Person aus dem zu seinem Vortheil geschlossenen Vertrag erst dann ein Recht erwirbt, wenn er dem Vertrage mit Bewilligung der Hauptparteien, also der Kontrahenten, beziehungsweise ihrer Erben, beigetreten ist. [98]) Zur Gültigkeit dieser Beitrittserklärung ist unter Umständen schriftliche Form erforderlich, [99]) während die Bewilligung der Hauptparteien auch mündlich oder stillschweigend geschehen kann. [100]) Ein Antrag der Hauptparteien zur Beitrittserklä-

---

96) A. L. R. I, 17 §. 151: „Auch die zur Erbschaft gehörenden Aktiv-Forderungen können die Erben, so lange sie im Miteigenthum stehen, nur gemeinschaftlich einziehen."

97) A. L. R. I, 5 §. 76: „Bis dieser Beitritt" (vgl. §. 75, unten Anm. 98) „erfolgt, kann der zu seinem Vortheile geschlossene Vertrag nach dem Einverständniß der Kontrahenten geändert oder gar aufgehoben werden," §. 391 das.: „So lange einem zum Besten eines Dritten geschlossenen Vertrage der Dritte selbst noch nicht beigetreten ist, wird zur Wiederaufhebung des Vertrages die Einwilligung desselben nicht erfordert." (§. 75 sq.)

98) A. L. R. I, 5 § 75: „Der Dritte aber erlangt aus einem solchen Vertrage, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst dann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist."

99) A. L. R. I, 5 §. 153: „Wenn ein Dritter einem zwischen andern Kontrahenten geschlossenen Vertrage, welcher nach den Gesetzen schriftlich verfaßt werden mußte, beitreten will, so muß dieser Beitritt ebenfalls schriftlich erklärt werden."

100) A. L. R. I, 4 §. 59: „Stillschweigende Willensäußerungen haben mit den ausdrücklichen gleiche Kraft." Vgl. Erk. Kgl. Ob. Trib. v. 21 Juni 1853, Präj. No. 2464 (Entsch. Bd. 26 S. 9), u. Gruchot Beiträge Bd. 6 S. 248.

rung ist in den Gesetzen nicht für erforderlich erklärt.[101]) Ist aber dem Dritten, also hier dem Titius, ein solcher Antrag zugestellt, so muß seine Erklärung über Annahme des Antrags abgewartet werden.[102]) Mit Bewilligung der Hauptparteien kann Titius dem zu seinem Vortheil geschlossenen Vertrage sowohl bei Lebzeiten, wie nach dem Tode seines Erblassers gültig beitreten. Nach mehrfachen Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes[103]) sollen die vorstehenden Grundsätze auf Gutsüberlassungsverträge zwischen Ascendenten und Descendenten keine Anwendung finden, so daß ein Kind als Erbe seines Vaters auf Entrichtung der vom Vater zum Vortheil des Kindes mit dem Uebernehmer des Gutes verabredeten Abfindung klagen könnte, ohne dem Vertrage mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten zu sein, ebenso eine Enkelin als Erbin ihrer Großmutter aus deren Vertrage.[104]) Diese Entscheidungen gründen sich auf Billigkeit und Berücksichtigung deutscher Rechtsgewohnheiten, dürften jedoch nach den bestehenden Gesetzen nicht unbedenklich sein. — Verträge, wodurch **Verbindlichkeiten** für die Erben übernommen werden, sind, wie alle Verträge über Handlungen, Sachen oder Rechte eines Drit-

---

101) Daher dürfte der Entscheidung des Kgl. Ob. Trib. (Erk. v. 4 Jan. 1845, Entsch. Bd. 10 S. 350), worin ein solcher Antrag für nöthig erklärt wird, nicht beizupflichten sein, wiewohl dieselbe Ansicht sich schon bei Bornemann, Pr. Civilr. Bd. 2 §. 168 (2 Aufl. S. 417), vorfindet.

102) A. L. R. I, 5 §. 77: „Ist aber dem Dritten der Antrag zum Beitritt einmal geschehen, so müssen die Kontrahenten seine Erklärung über die Annahme abwarten."

103) Plen. Beschl. Kgl. Ob. Trib. v. 25. Aug. 1846 (Präj. No. 1770. Just. Min. Bl. v. J. 1846 S. 208, Entsch. Bd. 14 S. 68): „Wenn ein Vater in einem mit dem einen seiner Kinder geschlossenen Gutsüberlassungs-Vertrage einem andern Kinde eine Abfindung ausgesetzt hat, so kann der Gutsannehmer dem die Abfindung einklagenden Kinde die Vorschrift der §§. 74 u. 75 Th. I Tit. 5 des Allg. Land. R. nicht entgegensetzen." — Vergl. hierzu die Erkenntnisse des Kgl. Ob. Trib. in Striethorst's Archiv Bd. 10 S. 9 (vom 28 Febr. 1853 III), Bd. 24 S. 339 v. 25 Mai 1856 II), Bd. 25 S. 127 (v. 22 Mai 1857, I) und Entsch. Bd. 34 S. 39 (v. 12 Okt. 1856, I).

104) Erk. Kgl. Ob. Trib. v. 28. Juni 1858, III. Sen. (Strieth. Bd. 30 S. 150).

ten,[105]) nach Preußischem Recht unter den Kontrahenten gültig, deren Verpflichtung auf die Erben übergeht. Sind mehrere Erben vorhanden, so haften sie gemeinschaftlich[106]) und nach der Theilung entweder nur nach Maßgabe des Erbrezesses[107]) oder für das Ganze[108] (resp. auf Höhe des erhaltenen Erbtheils), je nachdem sie die Gläubiger rechtzeitig von der bevorstehenden Theilung benachrichtigt oder dies unterlassen haben. Diese Vorschriften dürften auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Erblasser die vertragsmäßige Verbindlichkeit nur für einen seiner künftigen Erben übernommen haben sollte.

Die Gültigkeit eines Vertrags, worin Jemand etwas für die Zeit seines Todes oder für die Zeit nach seinem Tode verspricht oder sich versprechen läßt, unterliegt nach Preußischem Recht keinem Bedenken.[109])

b. Französisches Recht.

Im Code findet sich ebensowenig, wie im Preußischen Allgemeinen Landrecht ein ausdrücklicher Ausspruch darüber, ob eine Obligation vom Erben anfangen kann. Bei Beantwortung dieser Frage werden drei Fälle zu unterscheiden sein:

1) Ist ein oneroser Vertrag in der Weise abgeschlossen, daß daraus die Forderung oder Verbindlichkeit erst nach dem Tode oder am Todestage des einen Kontrahenten oder in der

105) A. L. R. I, 5 §§. 40 bis 49.

106) A. L. R. I, 17 §§. 127 bis 130.

107) A. L. R. I, 17 §§. 137 bis 146.

108) A. L. R. I, 17 §§. 131 bis 136.

109) Anwendungen in A. L. R. I, 5 §. 238, I, 11 §. 1134, I, 13 §. 190. Z. B. können Lohnverträge gültiger Weise in der Art geschlossen werden, daß A den B bis zu dessen Tode zu verpflegen verspricht und dafür nach dem Tode des B den im Vertrage bestimmten Lohn erhalten soll; daher ist ein einseitiger Widerruf eines solchen Lohnversprechens nicht zulässig. Erk. Kgl. Kammerger. zu Berlin, Abth. IV, v. 29 Apr. 1868 (in Sachen Kruse contra Kape): „Daß es überhaupt zulässig ist, Verträge mit Vereinbarung der Erfüllungszeit nach dem Tode des Gläubigers oder Schuldners zu schließen, ist seit dem §. 13 I. de inut. stip. nicht zweifelhaft gewesen und wird im A. L. R. durch mehrfache Dispositionen implicite anerkannt . . ., dagegen nirgends auch nur andeutungsweise verneint."

Person seines Erben fällig werden soll,[110]) so wird in der Regel die Absicht der Kontrahenten dahin gehen, daß nicht die Obligation selbst, sondern nur die Fälligkeit derselben in der Person des Erben anfangen soll.[111]) In diesen Fällen werden die Regeln der obligations à terme[112]) zur Anwendung kommen. Daraus folgt beispielsweise:

a. die Obligation kann schon bei Lebzeiten des betreffenden Kontrahenten durch Erfüllung getilgt werden;[113])
b. die Zeitbestimmung gilt im Zweifel als Wohlthat für den Schuldner[114]) und kann demselben
c. in den Fällen des Art. 1188[115]) entzogen werden;

---

110) Z. B. ein Vertrag, wodurch Eltern einem ihrer Kinder ihr Wohnhaus 2c. unter Vorbehalt der Leibzucht 2c. mit der Abrede verkaufen, daß der Kaufpreis in gewissen Raten nach dem Tode der Eltern an deren Erben gezahlt werden soll.

111) Vgl. Pothier, Traité des obligations (nouv. éd. par M. Bernhardi, Paris 1805), partie I, chap. I, sect. 1, art. 5, §. 11 (num. 61): „C'est stipuler ou promettre pour nous-mêmes et non pour autrui, lorsque nous stipulons ou promettons pour nos héritiers, puisqu'ils sont en quelque façon la continuation de nous-mêmes: heres personam defuncti sustinet. C'est pourquoi il n'est pas douteux, que nous pouvons stipuler pour nos héritiers. — Toullier, Le droit civil, liv. III, tit. III, n. 651: . . . „De pareilles conventions ont le même effet, que les pactes de non petendo, admis par les jurisconsultes romains, c'est à dire, les pactes par lesquels nous convenons que je ne pourrai pendant votre vie vous demander ce que vous me devez."

112) C. c. art. 1185: „Le terme diffère de la condition en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution."

113) C. c. art. 1186: „Ce qui n'est dû qu'à terme, ne peut être exigé avant l'échéance du terme; mais ce qui a été payé d'avance, ne peut être répété."

114) C. c. art. 1187: „Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier."

115) C. c. art. 1188: „Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les suretés qu'il avait données par le contrat à son créancier."

d. die Kontrahenten selbst können den Vertrag abändern oder aufheben;[116])
e. der Gläubiger kann die Forderung cediren.

2) Ein Schenkungsvertrag (une donation entre vifs),[117]) worin die Erfüllung für die Zeit nach dem Tode oder für den Todestag des Schenkenden[118]) oder des Acceptanten verabredet ist, wird lediglich aus dem Grunde, weil dem Erfolge nach erst der Erbe klagen oder verklagt werden kann, für ungültig nicht zu erachten sein. Denn auch hier wird in der Regel die Absicht der Kontrahenten dahin gehen, daß sie in ihrer eigenen Person eine Forderung erwerben oder eine Verbindlichkeit übernehmen und nur die Zeit der Erfüllung dieser Obligation hinausgerückt ist.

3) Sollte dagegen ein Vertrag (als oneroses Geschäft oder als Liberalität) mit der Absicht geschlossen werden, daß der betreffende Kontrahent für sich selbst keine Forderung erwerben oder keine Verbindlichkeit übernehmen will, sondern die Forderung oder Verbindlichkeit dem künftigen Erben allein zustehen oder obliegen soll, so würde der künftige Erbe als eine von den Kontrahenten verschiedene, also dritte Person anzusehen, und demgemäß ein solcher Vertrag in der Regel ungültig sein.[119]) Für diesen Fall wird anzunehmen sein:

a. daß dem künftigen Erben für dessen Person allein eine Verbindlichkeit durch Vertrag nicht aufgelegt werden kann (Anm. 119);
b. daß man zu Gunsten des künftigen Erben für dessen Person allein nur alsdann etwas stipuliren kann, wenn

116) C. c. art. 1134.

117) C. c. art. 893 sqq. 931—966.

118) Ein solcher Fall liegt dem Erkenntniß des Appellhofs zu Douai vom 2 Februar 1850 in Sachen Macquet contra Poulet zu Grunde, Journal du Palais, Jurisprud. française, 1852, Abth. 2, S. 225 fgg.

119) C. c. art. 1119: „On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même.“ Art. 1165: „Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art. 1121.“

dies die Bedingung eines Vertrages ist, welchen man zu seinem eigenen Vortheil abschließt, oder die Bedingung einer Schenkung, welche man dem Gelobenden macht.[120])

Hat Jemand eine an sich theilbare Verpflichtung, d. h. eine Verbindlichkeit, welche theilweise erfüllt werden kann, durch Vertrag für sich selbst und einen einzelnen von seinen künftigen Erben übernommen, so ist nur dieser Erbe, und zwar für die ganze Schuld, dem Gläubiger verpflichtet,[121]) also der Grundsatz der L. 56 §. 1 D. de V. O. in den Code nicht aufgenommen. Jedoch hat dieser Erbe gegen seine Miterben einen Regreßanspruch,[122]) welcher ihm durch Vertrag

---

120) C. c. art. 1121: „On peut . . . stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter." (Vgl. §. 19 I. de inut. stip., auch Art. 1134).

121) C. c. art. 1220: „L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer, que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur." Art. 1221: „Le principe établi dans l'article précédant reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur, . . . 4°. Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'éxécution de l'obligation": . . . — Die Ansicht, daß hier unter dem Titel der Obligation nur ein Testament verstanden werden könne, wie Delvincourt (Cours de Code civil, tom. II, Paris 1834, pag. 514, note 1 zu pag. 148) ausführt, steht mit dem allgemeinen Ausdruck des Gesetzes im Widerspruch. Vgl. arrêt C. Douai, 2e. ch., du 2 fevrier 1850 (Journ. du Palais, 1852, 2 pag. 225 bis 228): . . . „que cette disposition" (sc. art. 1221 §. 4), „écrite dans la loi au titre des contracts ne permet pas de douter, que la charge dont il s'agit, puisse être imposée à l'héritier par toute espèce de convention, comme elle pourrait l'être par un testament ou par un partage entre vifs d'ascendants" . . .

122) C. c. art. 1221: . . . „Dans le quatrième cas l'héritier seul chargé de la dette . . . peut aussi être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses héritiers."

nicht entzogen werden kann;[123]) daher liegt in einem solchen Vertrage nicht eine Liberalität für die Miterben.[124]) — Hat Jemand eine an sich theilbare Forderung für sich und einen bestimmten, im Vertrage bezeichneten künftigen Erben erworben, so kann der Letztere allenfalls als solutionis causa adjectus angesehen werden,[125]) daher die Zahlung zu seinen Händen gültig geschehen;[126]) allein zur Anstellung der Klage dürfte in einem solchen Fall, der entgegenstehenden Vertrags-Bestimmung ungeachtet, jeder einzelne Erbe, und zwar nur zu seinem Erbtheil, berechtigt sein.[127]) Daher würde der Grundsatz der L. 137 §. ult. D. de V. O. (Anm. 24) auch unter der Herrschaft des Code gelten.[128]) Indessen kann sowohl eine solche Forderung, wie eine solche Verbindlichkeit

---

123) Arg. art. 1221 cit. (Anm. 121 u. 122). Toullier, Le droit français, lib. III tit. III chap. IV n. 773 (4. Ausg. Bd. 6 S. 670).

124) Daher dürfte die Ansicht von Marcadé, Explication du Code Napoléon, tome IV, Paris 1852, zu art. 1122 (num. 440), daß die Frage, „si l'on peut faire avec effet une stipulation ou une promesse pour l'un ou plusieurs des héritiers, au lieu de l'appliquer à tous, in beiden Theilen zu verneinen sei, weil jedesmal eine Liberalität für den bezeichneten, beziehungsweise für dessen Miterben vorliege, nicht beizupflichten sein. Nicht ganz deutlich ist die Ansicht von Anschütz in Anm. 7 zu Zachariä §. 346 (Bd. 2 S. 353): „Beide Fragen sind zu bejahen, jedoch finden hinsichtlich der Bevorzugung eines oder mehrerer der Erben die Grundsätze über die Liberalitäten Anwendung."

125) Delvincourt l. c. (Anm. 121) tom. II pag. 468. zu Art. 1221 No. 5.

126) Vgl. C. c. art. 1239: „Le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui."

127) Arg. art. 1220, 1221, da das Prinzip des Art. 1220 in den Ausnahmefällen des Art. 1221 nur für die Erben des Schuldners verlassen ist, („à l'égard des héritiers du débiteur —").

128) A. M. ist Toullier, droit civil, liv. III tit. III num. 416 u. 417 (pag. 381 bis 384): . . . „sous l'empire du Code, qui permet de stipuler pour autrui et à plus forte raison pour son héritier, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, qui permet de donner même indirectement à l'un de ses héritiers, et non aux autres, et est permis de restreindre à un seul de ses héritiers le profit d'une convention qui consiste à donner."

bei der Erbtheilung einem der mehreren Erben allein zugetheilt werden; alsdann wird dieser Miterbe so angesehen, als hätte er am Todestage des Erblassers die Forderung allein erworben oder die Verpflichtung allein übernommen.[129])

c. Oesterreichisches Recht.

Nach Oesterreichischem Recht kann man durch Vertrag eine Schenkung vornehmen, welche erst nach dem Tode des Schenkenden erfüllt werden soll,[130]) ferner eine Vollmacht auf den Sterbefall eines Gewaltgebers erstrecken,[131]) ferner die Zeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit der Willkür des Verpflichteten vorbehalten, in welchem Falle bei an sich vererblichen Verpflichtungen erst gegen die Erben der Verpflichteten geklagt werden kann.[132]) Auch ist nicht ausdrücklich ver-

---

129) C. c. art. 883: „Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession."

130) B. G. B. §. 956: „Eine Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, ist mit Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten als ein Vermächtniß gültig. Nur dann ist sie als ein Vertrag anzusehen, wenn der Beschenkte sie angenommen, der Schenkende sich des Befugnisses, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat, und eine schriftliche Urkunde darüber dem Beschenkten eingehändigt worden ist." — Nach römischem Recht ist die mortis causa donatio nicht eine betagte, sondern eine bedingte Schenkung; allein daraus folgt nicht (wie Unger, System des Oesterreich. allgemeinen Privatrechts Bd. 2 S. 199 annimmt), daß der Ausdruck „Erfüllung" in §. 956 ungenau, sondern daß hier eine andere Art der Schenkung, als die römische mortis causa donatio behandelt ist. Im Preußischen A. L. R. I, 11 §§. 1134 fgg. werden diese beiden Arten der Schenkung neben einander erörtert.

131) B. G. B. §. 1022: „In der Regel wird die Vollmacht sowohl durch den Tod des Gewaltgebers, als des Gewalthabers aufgehoben. Läßt sich aber das angefangene Geschäft ohne offenbaren Nachtheil der Erben nicht unterbrechen oder erstreckt sich die Vollmacht selbst auf den Sterbefall des Gewaltgebers, so hat der Gewalthaber das Recht und die Pflicht, das Geschäft zu vollenden." Vgl. Preuß. A. L. R. I, 13 §§. 186, 190.

132) B. G. B. §. 904: „Ist keine bestimmte Zeit für die Erfüllung des Vertrags bestimmt worden, so kann sie sogleich, nämlich ohne unnöthigen Aufschub, gefordert werden. Hat der Verpflichtete die Erfüllungszeit seiner Willkür vorbehalten, so muß man entweder seinen

boten, den Tag der Erfüllung eines Vertrages auf den Todestag oder eine Zeit nach dem Tode des einen oder andern Kontrahenten festzusetzen. Daher dürfte es nach Oesterreichischem Recht zulässig sein, durch Vertrag ein Versprechen, welches erst nach dem Tode des Versprechenden oder Annehmenden, also vom Erben oder an den Erben, erfüllt werden soll, zu geben oder anzunehmen. Insbesondere wird ein Versprechen, welches der Erbe des Versprechenden erfüllen soll, in der Weise abgegeben werden können, daß der Versprechende selbst für den Erfolg einstehen will.[133]) Dagegen scheint ein Vertrag, wonach nicht der Versprechende für sich selbst, sondern nur dessen künftiger Erbe, verpflichtet sein soll, oder das Forderungsrecht nicht dem, welcher das Versprechen annimmt, sondern nur dem Erben desselben zustehen soll, auch nach Oesterreichischem Recht ungültig zu sein. Denn jeder Vertrag setzt zu seiner Gültigkeit voraus, daß der eine Kontrahent dem Andern etwas verspricht;[134]) und in der Regel kann Niemand für einen Andern ein Versprechen machen oder annehmen.[135]) Eine solche von den Kontrahenten verschiedene Person ist der künftige

---

Tod abwarten und sich an die Erben halten; oder wenn es um eine blos persönliche, nicht vererbliche Pflicht zu thun ist, die Erfüllungszeit von dem Richter nach Billigkeit festsetzen lassen. Letzteres findet auch dann statt, wenn der Verpflichtete die Erfüllung nach Möglichkeit oder Thunlichkeit versprochen hat." Vgl. Pr. A. L. R. I, 5 §. 238, L. 46 §. 2 D. de V. O.

133) B. G. B. §. 881 (Anm. 135).

134) B. G. B. §. 861: „Wer sich erkläret, daß er Jemandem sein Recht übertragen, das heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er für ihn etwas thun oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Theile ein Vertrag zu Stande. Solange die Unterhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht oder weder zum Voraus noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.

135) B. G. B. §. 881: „Außer den von den Gesetzen bestimmten Fällen kann zwar Niemand für einen Andern ein Versprechen machen oder annehnen. Hat aber Jemand seine Verwendung bei einem Dritten versprochen oder gar für den Erfolg gestanden, so muß er die eingegangene Verbindlichkeit nach Maß seines Versprechens erfüllen."

Erbe, da ein Erbe erst nach Annahme der Erbschaft als eine Person mit dem Erblasser angesehen wird[136]) und als solcher diejenigen Verbindlichkeiten übernimmt, welche der Erblasser aus seinem eignen Vermögen zu leisten gehabt hätte.[137]) Man wird z. B. gültiger Weise nicht verabreden können, daß der eine Kontrahent blos mit dem künftigen Erben des andern Kontrahenten eine Gesellschaft schließt,[138]) oder daß man ein Haus seines künftigen Erben dem andern Kontrahenten verkauft oder vermiethet.

Mehrere Erben eines durch Vertrag Verpflichteten haften nach Oesterreichischem Recht in der Regel Alle für Einen und Einer für Alle (in solidum); nur dann, wenn sie von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch gemacht haben, haften sie nach der gerichtlichen Uebergabe (Einantwortung) der Erbschaft blos nach Verhältniß ihres Erbtheils.[139]) Es wird anzunehmen sein, daß diese Grundsätze durch Privatwillkür der Kontrahenten bei Abschluß eines Vertrags nicht zu ändern sind; und daß ebensowenig eine vertragsmäßige Bestimmung gilt, wonach bei einer an sich theilbaren Obligation die Forderung nach dem Tode des Gläubigers nur von einem bestimmten seiner mehreren künftigen Erben geltend gemacht werden soll.

---

136) B. G. B. §. 547.
137) B. G. B. §. 548.
138) Vgl. B. G. B. §. 1208.
139) B. G. B. §§. 550, 820, 821.